Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VI

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
OLMUÉ, 2010

GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ
ENRIQUE BARROS BOURIE
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ
(COORDINADORES)



Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial

Enrique Barros Bourie*

I. Reglas y estándares como tipos de ordenación legal

1. Una de las discusiones más intensas en la teoría del derecho se refiere a la forma como operan las normas o reglas, por un lado, y los principios o estándares, por el otro. El enfoque ha sido tradicionalmente lógico, de modo que se ha atendido a la diferencia entre unos y otros en el curso de la argumentación jurídica y, en especial, de la adjudicación judicial.

La distinción también puede ser entendida desde un punto de vista práctico, acentuando las analogías entre la argumentación jurídica y el discurso de la filosofía política y moral, como ocurre con las doctrinas de la argumentación jurídica que transfieren al derecho los supuestos de esas disciplinas o del funcionalismo económico; o, al revés, asumiendo que el derecho (al menos el privado) tiene una estructura interna inteligible, de modo que se pueden inferir incluso nuevas reglas a la luz del propio ordenamiento, sin necesidad de recurrir a consideraciones externas al propio derecho, como es característico del enfoque metódico que se ha llamado formalista.[1]

Atendido este cruce de enfoques y teorías es preferible hacer explícito el que uno adopta. En esta ponencia asumo que el derecho es un ordenamiento específico, que tiene sus propias fuentes de legitimidad y validez. En tal sentido, es formalista. Así se explica que tenga por particularmente lúcidos los juristas que aun en épocas

* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

[1] El *formalismo* no debe ser confundido con el *conceptualismo*. Este último es un método que entiende el derecho privado como un sistema abstracto reglas y reduce el método jurídico a las tareas de conceptualización y deducción lógica. El formalismo atiende a los criterios de pertinencia y relevancia propios del derecho, al que entiende como una práctica comprensiva de "la totalidad de casos, reglas, estándares, doctrinas, principios, conceptos, y procesos que entran en juego cuando una pretensión jurídica es afirmada", de modo que "el formalismo mira esas relaciones jurídicas [contrato, daño extracontractual] como fenómenos [propiamente] jurídicos." (Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1995, p. 24.)

golpeadas por terribles experiencias de negación del derecho, tienden a ser cautelosos en abandonarse a conceptos o a principios metajurídicos. Los disensos suelen ser marginales respecto de la validez general de estos principios, pero su aplicación en concreto envuelve para el juez una tarea de sopesamiento que suele carecer de orientaciones y límites. Por eso, es razonable pensar que, salvo en casos de extremos que se justifican por sí mismos, esa tarea pertenece naturalmente al legislador (y al constituyente), porque si es ejercida por los jueces se abandona la especificidad de su función legítima.[2] Los jueces carecen de legitimidad para decidir por su cuenta el tipo de sociedad en que habremos de vivir. Por otra parte, el derecho posee una historia de aplicación práctica y de discernimiento intelectual que se ha sostenido en el tiempo. Así se explica, por lo demás, que para ejercer las profesiones legales (incluida la judicial) se requiera una habilitación académica en la disciplina.

2. Aceptando la premisa lógica de que las normas o reglas contienen de una manera más bien precisa sus condiciones de aplicación, mientras los principios o estándares dejan indeterminadas las situaciones a las que se aplican, conviene llevar la mirada hacia la génesis de esas directivas. Al formular las directivas en la forma de reglas, el legislador, al menos tendencialmente, hace el esfuerzo de definir con cierta precisión los casos a los que habrán de aplicarse. Por el contrario, cuando la ley usa estándares deja abierto un ámbito de apreciación respecto de las situaciones en que se aplican, de modo que su concreción, al menos en mayor grado, es entregada a los jueces para que lo hagan apreciando las circunstancias de hecho (que no están precisadas en el enunciado de la directiva legal).[3]

Por cierto que cuando los jueces aplican estándares pesa sobre ellos una carga que no soporta el legislador, como es que en la sentencia el *obiter dicta* sea inseparable de su *ratio decidendi,* porque, a diferencia de la potestad ejercida por el legislador, el juez debe fundamentar explícitamente su decisión.[4] Así y todo, en el sistema

---

[2] En este sentido, la célebre afirmación posterior al nazismo de Gustav RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Rechtsphilosophie,* Stuttgart, Koehler, 1973 8ª ed. (ed. por E. WOLF y H. P. SCHNEIDER), p. 339 (345): "el derecho positivo, asegurado mediante legislación y poder, tiene vigencia aún que sea injusto o ineficiente, a menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia sea tan inaceptable, que la ley, como 'derecho injusto', deba ceder ante la justicia". Atendiendo a los graves males que se pueden seguir de la inobservancia de la ley humana, Tomás DE AQUINO, *Suma,* 2.2., q. 42 a.2, q. 104 a.6 adopta tempranamente un criterio diferenciado acerca del deber de observar una ley injusta.

[3] SUNSTEIN, Cass R. y ULLMANN-MARGALIT, Edna, "Second Order Decisions", en SUNSTEIN, Cass R. (ed.), *Behavioural Law and Economics,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 187; SCHAUER, Frederick F., *Thinking like a Lawyer. A new Introduction to Legal Reasoning,* Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009, p. 190. La cuestión fue planteada por Philipp HECK en un comentario a HEDEMANN, Justus W., *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat,* Tübingen, Mohr, 1933, una obra que se plantea críticamente respecto a la tendencia de la legislación de la época de legislar en la forma de cláusulas generales; HECK señala que la más importante pregunta de la técnica legislativa es "¿en qué extensión el legislador debe entregar a decisión particular de los jueces el orden de la vida en común, en vez de definirlo por sí mismo?" (*Juristische Wochenschrift,* 1933, Nº 62, p. 1448).

[4] BARROS BOURIE, Enrique, *Rechtsgeltung und Rechtsordnung. Eine Kritik der rechtsanalytischen Tradition,* Ebelsbach, Rolph Gremer, 1984, p. 62.

jurídico existen dos niveles de decisión. El primero corresponde al legislador, que atiende a la generalidad de los casos; el segundo, a los jueces y se centra en los casos que deben decidir de acuerdo con directivas que da el legislador.

En un extremo, uno puede imaginarse que todo el derecho quede especificado a nivel legal en la forma de reglas. En tales circunstancias, al juez le resulta más bien sencillo actuar como ese instrumento mudo de la ley que con buenas razones propiciaba Montesquieu. En el modelo alternativo, el legislador renuncia a definir las circunstancias de aplicación de la directiva, recurriendo a conceptos indeterminados, que no poseen un contenido descriptivo que limite los casos de aplicación; o a conceptos normativos que suponen que el juez concretice una valoración; o a cláusulas generales que en cierto sentido suelen participar de las dos características anteriores.[5] En cada uno de estos casos, la ley renuncia a definir con precisión el derecho aplicable mediante una regla precisa y delega en el juez el poder de actuar como agente de concretización de la directiva en el caso concreto.[6]

De hecho la opción por conceptos normativos o indeterminados, como es la idea de culpa que estructura el régimen general y supletorio de responsabilidad civil, no es casual. Por lo general, denota lo implausible que resulta para el legislador una referencia específica a todas las situaciones en que el estándar puede resultar aplicable. La consecuencia es una delegación a la jurisprudencia para que lo vaya paulatinamente concretando, a la luz de la experiencia y con sometimiento a la idea normativa expresada por la ley, como ha pasado típicamente en todos los sistemas jurídicos con la noción de culpa o negligencia.

El codificador chileno suele establecer en lugares críticos una regla general, cuyos bordes son poco nítidos, que luego es aclarada por casos ejemplares de aplicación. Así ha sido entendida, por ejemplo, la norma que permite construir la presunción de culpa por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil. Es la técnica que se sigue también en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, que siguiendo una antigua legislación alemana sobre la materia, establece una serie de ilícitos específicos (artículo 4°) y una cláusula general que declara ilícitas las conductas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres dirigidas a desviar clientela de otro competidor (artículo 3°). Es también lo que ocurre con el concepto general de culpa, donde el estándar objetivo del artículo 44 del Código Civil concurre y es ilustrado por diversas hipótesis de culpa infraccional y con deberes contractuales de diligencia que se encuentran definidos con precisión en ordenamientos específicos y en las normas de la parte especial del derecho de obligaciones.

---

[5] Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, 2005 (1956), 10ª ed. (ed. y actualizada por T. Würtemberg y D. Otto), Cap. VI, pp. 136 y ss. (hay trad. española de la 1ª ed. alemana de 1956: *Introducción al Pensamiento Jurídico,* Granada, Comares, 2001).

[6] La distinción analítica entre reglas y estándares en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997 (1994/1961), 2ª ed., p. 130.

Finalmente, es también posible que la ley entregue a la administración (y menos frecuentemente al juez) facultades discrecionales, habilitándola para decidir prudencialmente sobre un asunto, en cuyo caso surge la pregunta de si la decisión está en esos casos sujeta sustantivamente a derecho, y consecuencialmente a control jurisdiccional. Esta delegación de facultades, no calificada siquiera por conceptos jurídicos normativos o indeterminados, resulta importante en el derecho administrativo contemporáneo, más que en el derecho civil, de modo que no será atendida en adelante.

II. ENTRE LA RECIEDUMBRE CONCEPTUAL INERME Y EL DESBORDE FANTASIOSO

3. El derecho académico y práctico tiende a poner alternativamente sus acentos en las directivas que se expresan en reglas precisas o en las cláusulas generales que se limitan a entregar al juez una orientación normativa que supone alguna forma de delegación. Desde luego que el uso por el legislador de estos conceptos jurídicos no sólo plantea una cuestión metódica, sino también una referida a la idea de derecho privado y en particular a la tarea de los jueces.

4. Una de las creaciones más notables en el ámbito de las ciencias del espíritu es la ciencia iusprivatista del S. XIX y del temprano S. XX. Es un movimiento que recorre, con sus propias particularidades, todas las tradiciones jurídicas. Se emprendió la tarea de transformar el derecho privado en un sistema de reglas precisas y sintéticas, que comprendiera todos los casos posibles. El propósito era dar forma a un ordenamiento dotado de una arquitectura simple, precisa y trasparente.

Correlativamente, el conocimiento del derecho fue asimilado al dominio de ese conjunto de reglas bien diferenciadas, que conformaban, en esencia, un universo finito de proposiciones. La lógica se superpuso a la experiencia. Así, el principio dominante de la autonomía privada daba cuenta de un criterio estrictamente formal. Técnicamente, la regla del artículo 1134 I del Código francés y 1545 del chileno, en la medida que expresa una facultad amplia para contratar, opera como una regla constitutiva que, dentro de ciertos límites, otorga una amplia facultad para crear reglas propiamente normativas mediante contratos.

Si bien se suele afirmar el principio moral de autonomía moral subyacente, en una apropiación imperfecta pero no del todo desacertada del principio ético enunciado por Kant, ese fundamento es metajurídico, porque el principio de autonomía es concebido como estrictamente jurídico y formal. El mismo predicamento se extiende a cada una de las instituciones específicas del derecho de obligaciones. Las cláusulas generales contenidas por el Código (buena fe, buenas costumbres) son reducidas por lo mismo a un lugar marginal e insignificante en el sistema (aunque no se exprese, en verdad son tratadas como directivas imperfectas por falta de determinación conceptual).

Se trata de un tipo de formalismo jurídico fuerte, que asume que la tarea de los jueces es decidir de acuerdo con reglas que son ciegas a los contextos en que son aplicadas y a las particularidades de los casos. El riesgo de esta idea de derecho (y de ciencia del derecho) tan rigurosa es un conceptualismo ciego a la experiencia, en que la armonía se paga con el precio de que el derecho deviene estólido.

Hasta hoy, buena parte de nuestra formación en derecho civil está marcada por este modelo de completitud y simplicidad conceptual heredada del concepto de contrato forjado en el S. XIX: la tarea del profesor de derecho no es pensar el derecho como disciplina práctica, abierta a los nuevos tipos de casos y a formas de vida que se van diferenciando, sino exponer el derecho vigente como un ordenamiento hace mucho tiempo terminado.

5. Es explicable que la aridez que se devela tras el conceptualismo jurídico haya dado lugar a una tendencia de signo contrario. Siguiendo una analogía histórica, el opuesto a una doctrina jurídica refinada es el llamado *vulgarismo*. Se suele llamar así el período de decadencia del espíritu jurídico clásico, y que se inicia en el S. III tardío. Un romanista muy sutil señala que "en oposición a la sobria forma de argumentar objetiva de los clásicos, los juristas vulgares proceden emocionalmente, con una moralización barata".[7]

Estas tendencias vulgaristas se muestran en fenómenos transversales del derecho chileno moderno: la constitucionalización del derecho privado, impulsada por la aspiración de hacer inteligibles las relaciones interpersonales a partir de principios básicos de justicia política expresados en derechos fundamentales; o la inflación de los derechos humanos, que traspasa la frontera de razonable discrecionalidad en la definición de prioridades y medios que debe conservar la política en un estado democrático; o doctrinas de la argumentación que tienden a transformar al juez en un filósofo moral (cualquiera sea la doctrina de la verdad subyacente), sin ligazón al derecho y extraviado en las mil tendencias valóricas de una sociedad pluralista.[8]

Detrás de estas tendencias suelen haber dos posiciones doctrinarias muy diferentes entre sí. La primera asume un escepticismo excesivo respecto del derecho como criterio de ordenación, porque discute la *posibilidad* de que una decisión esté vinculada por una regla. Es lo que ocurre con algunas doctrinas hermenéu-

---

[7] Kaser, Max, *Das römische Recht. II: Die nach klassische Entwicklungen*, Munich, Beck, 1975, p. 23.

[8] En los últimos años se ha desarrollado una crítica explícita a estas tendencias vulgarizantes en la jurisprudencia y literatura jurídica chilenas; véanse, por ejemplo, Barros Bourie, Enrique, "El recurso de protección como medio de protección de los contratos", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil.* Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri, Santiago, Conosur, 1996, p. 323; Atria Lemaitre, Fernando, "Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, 2004, Nº 5, p. 119; Correa González, Rodrigo "Vulgarización por Constitucionalización", *Derecho y Humanidades*, 2005, Nº 11, p. 161.

ticas, que asumen que la potencia de la mirada desde el caso es tan fuerte que determina fatalmente la construcción de la norma legal. Toda regla, al final de cuentas, puede ser deconstruida a la luz del caso concreto, porque es éste el que determina el proceso interpretativo.[9]

Tras este escepticismo gnoseológico suele haber, sin embargo, un propósito político de transformar a los jueces en actores de un cierto programa de acción.[10] En verdad, el activismo judicial sólo secundariamente se explica por cuestiones lógicas o hermenéuticas, esto es, por la dificultad de seguir una regla como criterio de decisión, sino más bien por objetivos esencialmente *instrumentales*.

El realismo jurídico, por ejemplo, se asoció no sólo a un escepticismo acerca del valor vinculante de las reglas, sino también a un pragmatismo generalizado en la comprensión del derecho, que atendía a la originalidad del caso y miraba al juez como protagonista en el desarrollo de políticas públicas. Los enfoques más radicales del análisis económico del derecho quisieran que el juez cambiara su manera de pensar a partir de reglas, por otra que atienda a los efectos en el bienestar general de su decisión (o de su criterio de decisión). Desde otra perspectiva, se le pide al juez que integre en el derecho privado funciones distributivas, que se entienden postergadas en la tradición del derecho civil, como ocurre con las doctrinas vinculadas a la escuela crítica.

En otras palabras, las doctrinas que promueven un activismo judicial no se dirigen a cualesquiera emociones, sino están más o menos estructuradas en torno a finalidades bien definidas. Sin embargo, miradas a la luz de un concepto de derecho que lo entiende como un ordenamiento de la conducta, esas doctrinas son igualmente vulgaristas, porque renuncian a que la decisión judicial responda a criterios propiamente jurídicos de racionalidad y justificación y se entrega al juez a la búsqueda de criterios de justificación externos al derecho vigente.[11]

III. LA LÓGICA DE LAS DIRECTIVAS DEL DERECHO PRIVADO

6. La dificultad de estos desafíos más radicales radica en su desapego de la naturaleza interpersonal y de la función del derecho privado. Con los acentos que se quiera, el derecho privado patrimonial es un orden de la libertad. Y resulta que

---

[9] Una relectura en este sentido, equivocada en mi opinión, de la tradición hermenéutica de Heidegger y Gadamer, que lleva a una deconstrucción de la norma a partir del caso, en ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, Athäneum, 1970.

[10] Ejemplar en este sentido, KENNEDY, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 1976, Nº 89, p. 1685, para quien la distinción entre reglas y principios responde a una más profunda entre valores individualistas y altruistas en el derecho privado, de modo que la superación de un modo de pensar individualista supone cambiar el modelo de directivas que debieren seguir los jueces.

[11] ATRIA, *op. cit.* (n. 8), p. 120.

la libertad es inimaginable si las normas son vividas como casuales y las decisiones de los tribunales devienen excesivamente contingentes.[12]

Por eso, los momentos más fértiles de renovación del derecho privado, y creo que estamos viviendo uno de esos momentos, se muestran en una historia de adaptación reflexiva, porque se entiende que cada época plantea preguntas nuevas, que se muestra en casos que ponen a prueba la tradición, favoreciendo un cambio que no responde necesariamente a reglas preestablecidas, pero que, sin embargo, sigue siendo jurídica.

La pretensión de que la adjudicación judicial sea conforme a derecho no significa asumir que todas las reglas del derecho privado tengan la misma estructura. Al menos desde Wittgenstein se sabe que a distintos tipos de reglas subyacen gramáticas muy diferentes y al derecho no son ajenas estas diferencias.

Algunas reglas son *subsumtivas*, porque sus condiciones de aplicación están perfectamente determinadas, como es el caso, por ejemplo de las que establecen plazos o señalan la forma de acreditar la posesión inscrita. En general, las reglas que establecen requisitos de publicidad o las que se refieren a la propiedad tienden a tener este carácter, porque las materias que regulan exigen particular certeza y claridad. Es típico de estas reglas que no son adaptables a nuevas situaciones.

Pero hay otras reglas que son *creativas*, porque su sentido se va determinando con ocasión de su aplicación.[13] Conceptos críticos dentro del derecho de obligaciones, como los de culpa o de caso fortuito son utilizados por reglas que típicamente son de este segundo tipo. La culpa hace referencia a un estándar, que debe ser concretizado de acuerdo a ciertos criterios que no están perfectamente predefinidos. Así, el antiguo buen padre de familia ha devenido, en concreciones bien diferenciadas, en el buen empresario, el buen conductor, el buen publicista, el buen médico y así sucesivamente (baste, comparar el alcance del concepto de empresario del artículo 2320 del Código Civil a mediados del S. XIX con la estructura usual de una empresa contemporánea). Lo importante es que la regla lleva implícita una idea que permite adaptarla en el curso de su aplicación.

El uso de reglas o de estándares por el propio legislador está usualmente determinado por la capacidad de fijar *ex ante* las condiciones de aplicación de una regla. Fuera del derecho de obligaciones, es interesante lo ocurrido con las reglas que rigen el cuidado personal de hijos menores de padres separados. El Código Civil estableció originariamente que el cuidado de los hijos menores de cinco años

[12] Así, para David Hume, cuya relevancia para la comprensión del derecho privado no debe ser subestimada, "orden, método y constancia" son las características de un ordenamiento virtuoso en que gobiernan las leyes y no los hombres (Hume, David, "Of Civil Liberty" (1742), en *Essays, Moral, Political and Literary*, ed. por E. Miller, Indianapolis, Liberty Fund, 1987, § I.XII.12).

[13] Barros, *op. cit.* (n. 4), p. 15.

correspondía a la madre y que luego al padre o a la madre según fuere su sexo. Con el correr del tiempo el cuidado devino en un derecho de la madre, con excepciones acotadas a hipótesis de depravación (artículo 223 antiguo). Se trataba de reglas subsumtivas, porque son por completo precisas las condiciones de aplicación. Aunque el régimen de filiación establece ciertas presunciones, el criterio definitorio en esta materia ha pasado a ser "el mejor interés del niño" (artículo 242 II). ¿Significa la remisión a este estándar un llamado a la pura discreción judicial? Un concepto como el "mejor interés del niño" es un concepto normativo, que debe ser concretizado de conformidad con el vasto criterio normativo que establece la ley, pero siguiendo por cierto la directiva dada por la ley. En otras palabras, aun los conceptos normativos e indeterminados exigen que la sentencia se funde en el derecho vigente (en oposición a las facultades discrecionales que se pueden delegar en un órgano de la administración).

A su vez, aunque las reglas típicamente subsumtivas puedan ser aplicadas sin otra justificación o argumentación que su texto expreso, de ello no se sigue que no puedan ser puestas a prueba a la luz de casos en que su aplicación se aleja de su propio sentido. Así surgió, por ejemplo, la doctrina de las inscripciones de papel, que claramente parece contradecir las reglas de los artículos 728 y 730 del Código Civil, pero que, sin embargo, se podría justificar en el principio corrector de la *exceptio doli* del derecho romano.[14] Si el sistema registral es abusado para cohonestar fraudes solapados, se desnaturaliza su función de crear certidumbre en los títulos de posesión y dominio.

En otros casos, no se trata de excepciones a la regla formulada, que pueden inferirse de su sentido, sino de precisiones que completan sus condiciones de aplicación. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la regla del artículo 2332 que rige la prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual. El plazo legal es de cuatro años contados desde la perpetración del acto. Una interpretación literal lleva a pensar que el plazo de prescripción comienza a correr, a más tardar, cuando termina de ejecutarse la acción dañosa. Sin embargo, es absurdo que una acción nazca muerta, como ocurriría si el daño se manifiesta después de los cuatro años de ocurrido el hecho causal. Sin embargo, la prescripción extintiva se justifica por razones de seguridad jurídica bajo el supuesto de que el acreedor no asuma su carga de ejercer en tiempo sus acciones; pero, en el caso señalado

[14] GAYO, *Institutas*, IV, 119. De hecho es interesante que la doctrina de las inscripciones de papel surgió como correctivo a la certeza que garantiza la posesión inscrita, especialmente cuando hay dolo envuelto en una apropiación registral, en que el dueño sigue poseyendo materialmente, con desconocimiento de que mediante actos fraudulentos se ha practicado una nueva inscripción; aunque a veces haya errado el camino argumental, la doctrina muestra que reglas *prima facie* subsumtivas pueden plantear preguntas de interpretación en casos en que aplicarlas de ese modo contradice su sentido (v. ATRIA, *op. cit.* (n. 8)).

no se da ese supuesto. En fin, en el derecho chileno y comparado la regla ha sido calificada, entendiéndose que el plazo empieza a correr desde la manifestación o conocimiento del daño. En otras palabras, aunque la regla pueda ser tenida *prima facie* por subsumtiva (y también aplicada de ese modo en la mayoría de los casos), hay casos que plantean la necesidad de otra regla correctiva o complementaria.

Una regla aparentemente subsumtiva también puede ser revisada porque en su aplicación concreta resulta ser excesivamente rígida, como ha ocurrido generalizadamente en el derecho chileno y comparado con los requisitos de la resolución: aunque la ley establece como supuesto el mero incumplimiento, se tiende a coincidir en que éste debe tener alguna sustancialidad para que dé lugar a un remedio tan extremo, como es que el contrato quede sin efecto. Así, la aplicación de la regla del artículo 1489, que por más de un siglo fue tenida por subsumtiva, ha sido progresivamente calificada por la doctrina y la jurisprudencia.

En otras palabras, incluso las reglas expresadas de la manera más precisa pueden suscitar problemas de aplicación que llevan a interpretarlas de una manera que se aleja de su significado semántico más elemental.

La mayor dificultad de la comprensión del derecho como un sistema que se expresa en un orden conceptual simple y completo reside en la ceguera frente a los grados de determinación *ex ante* de las reglas y a las maneras en que dirigen la adjudicación judicial. Desde esa perspectiva metódica, las preguntas que no tienen respuesta en razón de una calificación clara y distinta, simplemente son ignoradas (como ocurrió tradicionalmente con las cláusulas generales). El problema radica en que así se desatiende la función clásica del derecho civil, como es ser el ordenamiento de relaciones jurídicas que no responden a un plan o propósito determinado por el legislador y que, sin embargo, tiene una lógica interna que lo hace consistente.

Las formas de vida relevantes para el derecho no presentan fronteras rígidas, sino transiciones, analogías y variantes. Por eso, el conceptualismo es una versión decaída de la técnica jurídica, que tiene por costo que el derecho pierda su orientación práctica. La virtud de los juristas romanos clásicos consistía en manejar conceptos bien discernidos, pero con sutiles diferenciaciones y límites, que se iban introduciendo a la luz de los casos, de modo que sin renunciar a la idea de orden, el sistema era suficientemente flexible.[15]

El derecho participa de caracteres comunes con el lenguaje, la moral y la ciencia, en cuanto tiene principios, reglas y teorías, que guardan una cierta consistencia interna, de modo que no permanecen inarticulados, pero tampoco conforman un conjunto de soluciones definitivas, estructuradas en un sistema que no deja

[15] Kaser, *op. cit.* (n. 7), p. 5

respuestas abiertas. Por eso, la tarea del juez y del jurista es hermenéutica, esto es, la interpretación está antecedida de la comprensión.[16]

IV. LA FUGA EN CLÁUSULAS GENERALES. VALOR DE LA ANALOGÍA

7. Por cierto que hay razones para que el sistema esté orientado hacia reglas precisas. Hay materias en que la incertidumbre acerca de la regla puede ser muy corrosiva, como ya destacaba D. Hume. Así ocurre, por ejemplo, con las reglas que atribuyen propiedad, establecen el inicio de la capacidad de ejercicio o señalan plazos para ejercer útilmente ciertos derechos. La función económica y la justificación moral del contrato también supone que en virtud de su fuerza obligatoria se pueda contar en la formulación de los propios planes con la prestación de la otra parte; por eso, la institución del contrato puede verse severamente debilitada si los jueces, a pretexto de interpretarlo o completarlo, lo reelaboran *ex post*, sin la perspectiva de incertidumbre frente a los riesgos que existía al momento de contratar.

Estas ventajas de que los aspectos esenciales de las relaciones privadas sean dirimidas por reglas claras explica precisamente la dimensión práctica del conceptualismo como método jurídico por excelencia en el derecho civil del S. XIX.

Los estándares, en contraste, presentan la ventaja de que son naturalmente adaptables.[17] Por cierto que si las condiciones de aplicación del estándar son demasiado vagas e imprecisas, se confiere al juez un grado de discernimiento que puede deslindar con la discreción.[18] A lo anterior se agrega que la delegación de facultades es más fuerte si el sistema de recursos impide el control del margen de apreciación por el tribunal de alzada, porque es evidente que del hecho que una decisión sea revisable se siguen efectos reflejos significativos en el derecho sustantivo.

Ejemplarmente, es lo que arriesga que ocurra con el principio de buena fe en el derecho patrimonial. Su contenido semántico es doblemente pobre, porque es concepto indeterminado respecto de sus condiciones de aplicación y, además, tiene un contenido normativo que sólo es indiciario de sus fines. Como señala un fino espíritu jurídico, "es obvio que una decisión ha de ser conforme a la 'buena fe'; la cuestión es sólo qué decisión es conforme a la 'buena fe'".[19]

El problema radica en dejar que las cláusulas generales hablen por sí mismas, sin procurar su enraizamiento en el derecho vigente. A la luz de conceptos normativos

---

[16] HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, trad. J. E. RIVERA de la 7ª ed. alemana, Santiago, Universitaria, 1997 (1927/1993), p. 172 §32.

[17] HART, *op. cit.* (n. 6), p. 135.

[18] SCHAUER, *op. cit.* (n. 3), 188, 192.

[19] FLUME, Werner, *Negocio Jurídico*, trad. J. M. MIQUEL y E. GÓMEZ de la 4ª ed. alemana, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998 (1992), p. 589.

tan amplios, como el de buena fe, cualquier sentimiento puede ser presentado como un caso de aplicación verosímil del principio. Por eso, aun a falta de regla aplicable, resulta necesario afinar los criterios de decisión al momento de fallar un caso. En materia contractual, por ejemplo, parece preferible recurrir, como sugiere Flume y a la luz del propio artículo 1546, a los *naturalia negotii* de cada tipo de contratos como orientación para decidir casos en que ninguna norma da una respuesta clara y que deben ser resueltos con referencia a cláusulas generales (*infra* §10).[20] Aunque sean innominados, los contratos presentan cierta estructura básica de distribución de cargas y de riesgos y ése es un punto de partida más fértil que abandonarse irreflexivamente a concretizar la buena fe.

Particularmente en una materia tan delicada como la revisión de contratos por circunstancias sobrevinientes, por ejemplo, pareciera que no se puede recurrir a la buena fe en la forma de un correctivo de equidad vago y desarticulado. Este camino conduce a los males del vulgarismo si una doctrina jurídica estructurada, y consistente con el orden general de los contratos, no discrimina y califica las condiciones de aplicación de una manera conceptual y normativamente coherente con el derecho vigente (como, por ejemplo, establecen los Principios de Derecho Europeo de Contratos, §6.111, y el BGB, §313).

Lo mismo puede decirse de todos los demás contextos en que la "buena fe" aparece como criterio de integración de la obligación contractual; o se la extiende, por ejemplo, al ámbito precontractual o a las cargas del acreedor.[21] De hecho, una característica saliente de la doctrina contemporánea del contrato es precisamente hacerse cargo de circunstancias típicas que justifican introducir deberes implícitos de confianza y lealtad, y que resultan además justificados en razón de la economía del contrato. Así ha ocurrido progresivamente con el discernimiento de deberes positivos de las partes en la fase precontractual, que se encuentran dialécticamente en concurrencia con el antiguo principio *caveat emptor*, y que se relacionan analógicamente, en su origen y finalidad, con las reglas de origen romano sobre vicios redhibitorios en la compraventa.

A la misma lógica responden, además de la construcción doctrinaria y jurisprudencial de presunciones de culpa por el hecho propio, la noción de culpa en la organización y la responsabilidad calificada por el defecto de un producto, que se hacen cargo de la posición probatoria de injustificada desventaja estratégica en que se puede encontrar el demandante en un juicio de responsabilidad, que no es consistente con el equilibrio de intereses que persiguen las normas relevantes.

---

[20] *Ibid.*, p. 590.

[21] En esta dirección, De la Maza Gazmuri, Íñigo, *Los límites del deber precontractual de información*, Madrid, Civitas, 2010, esp. 373 (es sintomático que el autor se pregunte por los *límites* de un deber que desde una perspectiva vulgarista tiende a expandirse sin fronteras).

Tampoco los requisitos funcionales de la presunción de justicia del contrato consentido son incorporados en esta teoría simple y abstracta del contrato: los carteles, por ejemplo, subsistieron por largo tiempo bajo el amparo de contratos válidamente consentidos, pero hoy su ilicitud se ha transformado en un supuesto funcional de los mercados competitivos, de modo que las normas sobre libre competencia han pasado a ser entendidas como condición de un orden económico basado en contratos. A su vez, en analogía con la noción clásica de fuerza se han construido reglas más detalladas, que permitan impugnar contratos (o disposiciones contractuales) abusivos, que han sido consentidos en una confianza injustificada o gracias a posiciones de influencia o de poder.

A diferencia de estos desarrollos desde el sistema legal del contrato, un gran riesgo de vulgarización del derecho privado contemporáneo se produce a consecuencia de una paulatina "fuga en las cláusulas generales"[22], de contenido moral abierto y de condiciones de aplicación indeterminadas. Con el recurso tosco a las cláusulas generales, como criterio de fundamentación jurídica, existe la tentación de rehuir el trabajo de diferenciación basado en un análisis razonado y en un uso cuidadoso del lenguaje típico del derecho privado.

El descubrimiento en el derecho privado es más bien analógico, porque tiene su punto de partida en reglas conocidas e indaga si éstas son aplicables a situaciones no previstas, porque están sujetas a la misma razón (como ocurre con las formas sutiles de fuerza); o, a la inversa, una regla aparentemente subsumtiva debe ser revisada, si atendiendo al sentido que tiene la respectiva institución su alcance debe ser calificado (como ha pasado con los requisitos de la resolución por incumplimiento).[23]

Sin ese esfuerzo jurídico de concreción, de acuerdo con la lógica interna del propio derecho privado, las cláusulas generales tienden a promover un grado de incertidumbre y arbitrariedad que no resultan consistentes con las tareas esenciales de un ordenamiento que rige relaciones interpersonales. La fuga en las cláusulas generales es instrumental a un decisionismo judicial, que puede ser ingenuo acerca de sus propios supuestos y consecuencias.

8. Un derecho privado reflexivo tiende a ser progresivamente más diferenciado. El papel de la dogmática jurídica, de la ciencia del derecho en sentido estricto, es dar forma a su adecuación progresiva a nuevos tipos de casos o simplemente a nuevas valoraciones legislativas, asegurando de este modo la flexibilidad del ordenamiento,

---

[22] Véase Justus W. HEDEMANN en n. 3. Conviene advertir que el estudio de Hedemann se adelantó al abuso indiscriminado durante el régimen nazi de las cláusulas generales como instrumento de una radical politización de la justicia.

[23] KAUFMANN, Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976 (1964).

por un lado, y la seguridad jurídica que exige conceptos bien articulados y un grado suficiente de coherencia interna y previsibilidad del sistema, por el otro.

Así, por ejemplo, en materia contractual no significa abandonar el principio formal de la autonomía privada si se introducen correctivos que permiten asumir que la parte profesional debió informar al lego o que una condición general de contratación que altera algún importante elemento de la naturaleza del contrato infringe un deber de lealtad del proveedor para con el consumidor al proponerle unilateralmente las condiciones de un contrato. Se trata simplemente de mirar, a la luz de los supuestos sobre los cuales está construida la noción jurídica de contrato, cómo se desarrollan las relaciones interpersonales en una sociedad crecientemente especializada; las expectativas normativas de las partes constituyen el corazón del derecho de obligaciones.

V. El derecho de contratos como norma legal y práctica social normativa

9. Así llego a una reflexión final acerca de la cercanía del derecho de contratos con las prácticas sociales espontáneas. El derecho dispositivo no es sólo legal. Como señalan los artículos 1444, 1546 y 1563 I del Código Civil, al contrato no sólo se incorpora sin pacto expreso lo que la ley señala pertenecerle, sino también lo que convenga a la naturaleza de la relación contractual. No se ha puesto suficiente énfasis en esta remisión que la propia ley hace a reglas y estándares que están socialmente construidos. La buena fe alude a la relación de confianza que puede *jurídicamente* esperarse en una relación contractual, como la diligencia debida en el cumplimiento de nuestro deber contractual y las cargas que soporta el acreedor aun en caso de incumplimiento por su deudor.[24]

Un ejemplo de evolución de las reglas concordante con la de las prácticas sociales es la protección debida a los consumidores.[25] En las relaciones de consumo ha pasado a ser de la naturaleza de la relación contractual que el proponente no ofrezca condiciones generales que modifiquen aspectos fundamentales del nego-

[24] La lógica del derecho privado hace atender a lo que una parte puede esperar de la otra en una situación contractual típica; por eso, aun si el juez carece de elementos de integración a partir del propio sistema, su atención no se dirigirá a lo que puede ser tenido por aceptable por una comunidad universal de personas (como afirma la teoría de Habermas sobre el discurso), sino a lo que cada parte puede esperar de la otra en ese tipo de circunstancias y en el negocio que han convenido. Por eso, la analogía es el mecanismo integrador que más cercano resulta a una forma de pensar el derecho privado que atienda a sus especificidades como ordenamiento que rige la interacción espontánea entre personas.

[25] Con posterioridad a las Jornadas en que se presentó este estudio, he planteado que este progresivo cambio es ante todo tarea del legislador, como ha ocurrido en el derecho de contratos con consumidores. La legislación tiene la ventaja de la inmediatez y precisión, que el derecho jurisprudencial alcanza con mayor dificultad; el problema usualmente reside en la baja calidad técnica de estas intervenciones legislativas (Conferencia en la Universidad de los Andes, 16 de octubre de 2010, aún inédita).

cio, tal como lo expresa el derecho dispositivo, sin el consentimiento informado y expreso del consumidor. No es el momento de explicar la manera en que el control de las condiciones generales de contratación (contrato de adhesión) se puede construir a partir de las normas del derecho general de contratos. Baste poner la atención en que el control del abuso y la protección de la confianza no responden a un cambio de paradigma del derecho civil, que niega o restringe el principio de autonomía y lo sustituye por una difusa prioridad de la comunidad, sino, por el contrario, responden realistamente al mismo principio individualista de que el contrato se celebra porque interesa a ambas partes.[26]

Atendiendo a las prácticas normativas en la contratación contemporánea, se explica que el derecho ponga un límite más bien estrecho a la carga de la contraparte de un contrato cotidiano de informarse detalladamente de las condiciones de venta; y que el lego, que confía en que está adquiriendo lo que efectivamente ha requerido, no tiene la carga de igualar la asimetría de conocimientos existente entre el vendedor o proveedor de servicios experto al cual ha recurrido.

Si alguna calificación importante requiere la concepción kantiana de la promesa como fuente deber, para que sea relevante en el derecho, es precisamente que el contrato no se plantea como una declaración que se formula en el vacío, sino es un acto voluntario de participación en una práctica que tiene sus propios elementos normativos implícitos.[27] Reducir esos elementos de la naturaleza al derecho legal dispositivo significa ignorar que el derecho privado es el marco para el desenvolvimiento espontáneo de relaciones en la sociedad civil. La experiencia nos hace entender el tipo de relación que nace de la compraventa o de un contrato de servicios médicos, aunque no tenga conocimiento legal alguno. Lo importante es que el contrato sea comprendido (y, en consecuencia, interpretado) a la luz de la práctica contractual en que las partes han participado.

Aquí radica el aspecto más fuerte de la doctrina que llama a interpretar el contrato a la luz de lo que la contraparte razonablemente podía entender de la propia declaración de voluntad. Es sintomático que, en vez de cláusulas generales transversales, el derecho de contratos contemporáneo use conceptos normativos más acotados y en contextos bien definidos, como ocurre con la idea de "razonable", que se repite con frecuencia en la legislación contemporánea sobre contratos. Y a ese respecto es interesante que lo "razonable" sea entendido como "lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes

---

[26] FLUME, *op. cit.* (n. 19), p. 783: "el que introduce las condiciones generales en el contrato no puede hacer 'lo que él quiera', sino que está obligado a 'establecer según un criterio equitativo' la regulación que se le ha confiado adoptar, porque las condiciones generales consisten en una regulación unilateral".

[27] KIMEL, Dori, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford et al, Hart, 2005, p. 78 y *passim*.

contratantes, consideraría como tal", considerando especialmente "la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera".[28]

Aunque se rehuya el conceptualismo, también aquí se establece el contrapunto con el activismo judicial, porque el juez, aunque tenga facultades de arbitrador, tiene por tarea desentrañar lo que las partes han acordado y no sustituirse a su acuerdo, aunque éste sea incompleto.

VI. Tarea de la ciencia en el derecho privado

10. El uso reflexivo de los conceptos y la práctica de las distinciones razonadas, atendiendo al sentido o pensamiento normativo de las reglas legales, permite aprovechar la sabiduría acumulada y abrirse a nuevas preguntas. La tarea del derecho privado moderno es combinar la sutileza y precisión conceptual, que es condición de un manejo correcto del material normativo, con la adaptabilidad que se le exige a un ordenamiento que nunca cesa de plantearse nuevas preguntas. Nuestra tarea como juristas académicos es producir esta mediación. Este enfoque metódico es consistente con que si bien los cambios bruscos de paradigma son inusuales en el derecho de obligaciones, éste no es el mismo que en la época de la codificación, a pesar de que los cambios legislativos han sido escasos.

Estándares, directivas generales, conceptos normativos e indeterminados suponen un desafío justificatorio al interior del derecho civil. Pueden ser razón para el desborde o para dotarlo de la flexibilidad que conviene a las realidades de los intercambios y riesgos. El derecho civil es, en verdad, un ordenamiento abierto en constante adaptación.[29] Es inevitable que ello suponga un cierto ejercicio de optimización, que considere los diversos fines que pone en juego el derecho legislado. Pero ese ejercicio no se produce *ex nihilo*, sino dentro de un sistema jurídico estructurado. Allí radica la peculiaridad de la argumentación jurídica, que la hace diferente del discurso de la filosofía política o moral, y de la radical orientación a las consecuencias del enfoque económico. Esta diferencia es especialmente importante en ordenamientos abiertos al cambio, pero conceptualmente refinados por el juego recíproco de la experiencia y la razón, como es típicamente el derecho privado. En el derecho privado los principios jurídicos resultan inteligibles a la luz de la red de directivas más concretas.

---

[28] Lando, Ole y Beale, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law* (PECL), La Haya, Kluwer, 2000, artículo 1:302 (Definición de lo razonable). Es interesante este desplazamiento desde conceptos normativos muy generales y transversales hacia otros acotados en su ámbito de aplicación, como ocurre con el de "razonable" que en los PECL es usado en tantos contextos que se ha tenido por conveniente definirlo.

[29] Larenz, Karl y Canaris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, Springer, 1995, 3ª ed., p. 198.

11. No es extraño, entonces, que la dogmática jurídica se pueda tomar ciertas libertades con los textos legales, sin traicionar su función de descubrir el sentido del derecho vigente. Su tarea es el discernimiento del orden vigente. Este desafío del trabajo científico en el derecho privado supone tener una mirada histórica sobre la ley y las prácticas normativas, que permite averiguar el pensamiento que expresa la regla; pero también al derecho comparado, que nos muestra cómo han sido aplicadas y puestas a prueba normas muy semejantes a las nuestras en sistemas altamente reflexivos.

En definitiva, la flexibilidad y la capacidad de adaptación, dentro de los márgenes de sentido que autoriza el derecho vigente, sólo son posibles si el derecho es concebido como una tarea práctica (esto es, dirigida a la decisión correcta de acuerdo con ese ordenamiento), para la cual la abstracción conceptual es instrumental, sólo en la medida de lo posible y conveniente. En definitiva, se muestra así la vigencia de una forma de pensar que se remonta al derecho romano y que bien vale la pena cultivar.

12. Las Jornadas de Derecho Civil persiguieron, desde sus orígenes, satisfacer estos objetivos. Nacieron en una época en que el derecho civil parecía ya tener su edificio construido. Y además muy bello, por su simplicidad. Veinte años después del primer encuentro organizado por la Universidad de Chile, quisiera ahora homenajear a un grupo de jóvenes académicos que articuló un consorcio que ha hecho posible el establecimiento de esta práctica anual de presentar y discutir nuestros trabajos.

Siguiendo una antigua tradición, el trabajo científico contribuye esencialmente a que el derecho cumpla sus funciones sociales delicadas y esenciales. Una comunidad académica ampliada asume que el estudio del derecho se fortalece a medida que progresivamente se elevan los estándares científicos. Esta tarea de descubrimiento progresivo evita que el derecho privado quede prisionero en un edificio conceptual que lo hace renunciar a su función práctica; y, a la inversa, la ciencia jurídica hace posible que podamos vivirlo como una corriente vigorosa, que, sin embargo, es consciente de los límites que le imponen sus fuentes y sus métodos.